



VU Research Portal

Concernverhoudingen: de instructiebevoegdheid van een moeder vennootschap en de bestuursautonomie van een dochter vennootschap

ten Broecke, P.M.J.H.

published in

Fiscaal Tijdschrift Vermogen
2019

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

document license

Article 25fa Dutch Copyright Act

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

ten Broecke, P. M. J. H. (2019). Concernverhoudingen: de instructiebevoegdheid van een moeder vennootschap en de bestuursautonomie van een dochter vennootschap. *Fiscaal Tijdschrift Vermogen*, 2019(11-12), 12-16. [40]. https://opmaat.sdu.nl/book/SDU_SDU_GENERIC_g_SDU_FTV11122019_214219/g-SDU_FTV11122019_214219

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

40. Concernverhoudingen: de instructiebevoegdheid van een moedervennootschap en de bestuursautonomie van een dochtervennootschap

MR. P.M.J.H. TEN BROECKE

Dit artikel gaat over de grenzen van de instructiebevoegdheid van een moedervennootschap in concernverhoudingen. Startpunt is de bestuursautonomie van het bestuur van de dochtervennootschap. Deze bestuursautonomie is niet onbegrensd. Een sprekende inperking van de bestuursautonomie is het toekennen van een statutair instructierecht aan de algemene vergadering van een dochtervennootschap (art. 2:129 lid 4 jo. art. 2:239 lid 4 BW). Bij een dochter-bv kan dit instructierecht verder reiken dan bij een dochter-nv. Het ontbreken van een statutair instructierecht laat de ruimte die de moedervennootschap als aandeelhouder heeft om aanwijzingen te geven onverlet. In een dergelijke situatie kan het bestuur van de dochtervennootschap op grond van een autonome afweging besluiten om de aanwijzing al dan niet op te volgen. Materieel is de ruimte om tot een eigen afweging te komen beperkt, vanwege de feitelijke instructiemacht van de moedervennootschap.

1. Inleiding

In dit artikel onderzoek ik de grenzen van de instructiebevoegdheid¹ van een moedervennootschap in concernverhoudingen. Hoewel de instructiebevoegdheid van de moedervennootschap op verschillende manieren tot uiting kan komen, beperk ik mij in dit artikel (tenzij anders aangegeven) tot de volgende situatie: de moedervennootschap kan een meerderheid van de stemrechten uitoefenen in de algemene vergadering van de dochtervennootschap en is in staat om instructies te geven aan het bestuur van die dochtervennootschap. Ik ga ervan uit dat de dochtervennootschap een nv of bv is en ik besteed geen aandacht aan fiscale aspecten en aansprakelijkheidskwesties.

Het artikel is als volgt opgebouwd. In paragraaf 2 ga ik in op de autonomie van het bestuur van de dochtervennootschap. In paragraaf 3 bespreek ik het statutair verankerde instructierecht van de moedervennootschap (art. 2:129 lid 4 jo. art. 2:239 lid 4 BW). In paragraaf 4 bespreek ik de

situatie dat een dergelijke verankering ontbreekt, waaraan in de literatuur wisselende consequenties worden verbonden. In paragraaf 5 sluit ik af met een conclusie.

2. Bestuursautonomie van de dochtervennootschap; instructierecht en instructiemacht

Het bestuur bestuurt de vennootschap (art. 2:129 lid 1 jo. art. 2:239 lid 1 BW) en is autonoom in de vervulling van deze taak. Blijkens het *Forumbank*-arrest² wordt de bestuursautonomie zo ingevuld dat het bestuur eigen wettelijke en statutaire bevoegdheden heeft die door andere organen van de vennootschap moeten worden geëerbiedigd.

De bestuursautonomie kan enigszins worden ingeperkt.³ Het blote feit dat een dochtervennootschap onderdeel is van een concern maakt dat het belang van die dochtervennootschap – en daarmee de taak van het bestuur van die dochtervennootschap – wordt gekleurd door het concern-

¹ Op deze plek vermeld ik alvast dat ik een onderscheid maak tussen de begrippen (feitelijke) 'instructiemacht' (zie par. 2), (statutair) 'instructierecht' (zie met name par. 3), en de ruimte die de algemene vergadering heeft om aanwijzingen te geven aan het bestuur (zie par. 4).

² HR 21 januari 1955, ECLI:NL:HR:1955:AG2033, *NJ* 1959/43, m.nt. L.J. Hijmans van den Bergh (*Forumbank*), waarover o.m. Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-*llb* 2019/152.

³ Dit volgt uit de tekst van art. 2:129 lid 1 jo. art. 2:239 lid 1 BW. Een voorbeeld van een dergelijke inperking is een statutaire bepaling waarmee bepaalde besluiten worden onderworpen aan de goedkeuring van een ander orgaan. Zie verder (o.m.) Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-*llb* 2019/155 en B.F. Assink, *W.J. Slagter Compendium Ondernemingsrecht* (deel 1), Deventer: Kluwer 2013, par. 51.1, p. 902 e.v. (hierna: *Slagter/Assink* 2013).

belang.⁴ Een andere beperking van de bestuursautonomie van de dochter is het statutaire instructierecht van de moeder vennootschap (art. 2:129 lid 4 jo. art. 2:239 lid 4 BW, zie paragraaf 3). De aard van de gegeven instructie bepaalt de mate van inperking van de bestuursautonomie.

Er bestaat een verschil tussen instructierecht en instructiemacht.⁵

Het *instructierecht* is de in art. 2:129 lid 4 jo. art. 2:239 lid 4 BW neergelegde en hiervoor kort aangehaalde inperking van de bestuursautonomie. Ik kom op het instructierecht terug in paragraaf 3.

Instructiemacht is de situatie dat de moeder vennootschap feitelijk bij machte is om haar wil op te leggen aan het bestuur van de dochter vennootschap. De uitoefening van instructiemacht speelt bijvoorbeeld als de moeder vennootschap als aandeelhouder van de dochter vennootschap bestuurders ontslaat die instructies negeren.⁶ De feitelijke instructiemacht en de reikwijdte van die instructiemacht kan worden versterkt door middel van een stemvolmacht of een stemovereenkomst. Hieraan zal met name behoefte zijn als de moeder vennootschap niet alle aandelen houdt van de dochter vennootschap.

De moeder vennootschap kan de teugels dus weliswaar strak aanhalen, maar het bestuur van de dochter vennootschap mag instructies van de moeder vennootschap niet blind volgen. Het bestuur van de dochter vennootschap mag het belang van die vennootschap immers niet veronachtzamen. In de literatuur is in dit kader wel opgemerkt dat instructies in strijd met het belang van de rechtspersoon niet bindend zijn (vgl. art. 2:239 lid 4 BW)⁷ en dat dit een regel van ongeschreven recht is die geldt voor alle privaatrechtelijke rechtspersonen.⁸ Dat lijkt mij juist. Het feit dat de moeder vennootschap bij machte is om het bestuur van de dochter vennootschap te instrueren doet daaraan niet

af.⁹ Van Solinge en Nieuwe Weme¹⁰ en Verdam¹¹ wijzen er in dit verband terecht op dat er een spanning bestaat tussen de feitelijke instructiemacht van de moeder vennootschap en de bestuursautonomie van de dochter vennootschap. De bestuurders van de dochter vennootschap hebben immers weinig ruimte om te handelen in afwijking van instructies van de moeder vennootschap als dit tot hun ontslag kan leiden.¹²

3. Statutaire verankering instructierecht moeder vennootschap

Zoals hiervoor reeds enkele malen is opgemerkt, biedt de wet in art. 2:129 lid 4 jo. art. 2:239 lid 4 BW ruimte om statutair te verankeren dat de algemene vergadering van een dochter vennootschap (waarin de moeder vennootschap doorgaans een meerderheid van de stemrechten kan uitoefenen) instructies kan geven aan het bestuur van die dochter vennootschap. Is van deze mogelijkheid gebruik gemaakt, dan dienen instructies in beginsel (niet altijd, zie paragraaf 2 hierboven) te worden gevolgd. De tekst van beide artikelen loopt uiteen sinds de inwerkingtreding van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht per 1 oktober 2012 (*Stb.* 2012, 301). Ik behandel eerst de bv-bepaling en vervolgens de nv-bepaling; in paragraaf 3.2 zal blijken waarom.

3.1 De dochter vennootschap is een bv: art. 2:239 lid 4 BW
Art. 2:239 lid 4 BW bepaalt sinds 1 oktober 2012 dat ‘de statuten kunnen bepalen dat het bestuur zich dient te gedragen naar de aanwijzingen van een ander orgaan¹³ van de vennootschap. Het bestuur is gehouden de aanwijzingen op te volgen, tenzij deze in strijd zijn met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming’. Daarmee is het onderscheid tussen algemene en concrete instructies dat in art. 2:129 lid 4 BW voor de nv is gehandhaafd, voor de bv vervallen. De wetgever heeft in dezen de aanbeveling overgenomen uit het rapport van de Expertgroep Vereenvoudiging en Flexibilisering van het

4 S.M. Bartman, A.F.M. Dorresteyn & M. Olaerts, *Van het concern*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, par. I.6 en III.2 (hierna: Bartman e.a., *Van het concern* 2016). Zie in dit verband ook W.J.M. van Veen, ‘Het belang van de rechtspersoon en zijn *raison d'être*’, *WPNR* 2017, afl. 7162, p. 640-654, met name par. 8, p. 652-653. Van Veen spreekt van een ‘functionele verhouding’, die de autonomie van het bestuur van de dochter vennootschap in zekere zin kan beperken.

5 Vgl. Bartman e.a. *Van het concern* 2016, par. III.3.1 en III.3.7. Zie over feitelijke instructiemacht ook (onder verwijzing naar rechtspraak) Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-*llb* 2019/158.

6 Zie art. 2:134 jo. 2:244 BW. Vgl. HR 10 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC1234, NJ 1990/466, m.nt. J.M.M. Maeijer (Ogem II), r.o. 9.3 en par. 3 noot.

7 Kritisch over de ‘tenzij’-clausule van art. 2:239 lid 4 BW in het licht van het onderscheid tussen algemene en concrete instructies: P.J. van der Korst, ‘Bestuur en algemene vergadering’, *Ondernemingsrecht* 2019/81, par. 4, p. 442.

8 Asser/Maeijer & Kroeze 2-*I** 2015/189.

9 Zie ook de volgende passage in HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Roovers/Cancun Holding I*), r.o. 4.3: ‘Uit hetgeen hiervoor (...) is overwogen, volgt immers dat het bestuur van een vennootschap bij de vervulling van zijn taak een eigen verantwoordelijkheid heeft om zich te richten naar het belang van de vennootschap en de aan haar verbonden onderneming. Dat is niet anders indien de aandeelhouders op grond van de machtsverhoudingen binnen de vennootschap feitelijke instructiemacht hebben’. Ik kom op deze overweging terug in par. 4.

10 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-*llb* 2019/159.

11 A.F. Verdam, ‘Het bestuur van de dochter in concernverband’, *Ondernemingsrecht* 2019/77, p. 400-410, zie m.n. par. 6 e.v.

12 Zie ook J.B. Huizink, in: *Groene Serie Rechtspersonen*, art. 2:239 BW, aant. 11.4 (online, bijgewerkt tot en met 11 juli 2019). Met Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-*llb* 2019/159 meen ik dat een ontslagbesluit wegens het niet-opvolgen van instructies van de moeder vennootschap onder omstandigheden kan worden aangetast via art. 2:15 lid 1 onderdeel b jo. art. 2:8 BW.

13 Zie voor de invulling van het orgaanbegrip art. 2:189a BW.

BV-recht.¹⁴ De achtergrond voor het advies van de expertgroep en de daarop volgende wetswijziging is gelegen in het feit dat de nadruk in ‘recente rechtspraak’ over dit artikelid meer lag ‘op een inhoudelijke beoordeling van de vraag of het bestuur de aanwijzingen had mogen opvolgen en minder op het onderscheid tussen algemene en concrete instructies’.¹⁵ Welke rechtspraak precies wordt bedoeld, blijkt niet uit de memorie van toelichting, maar wel uit het hiervoor aangehaalde rapport: het gaat om de uitspraken Amstelland,¹⁶ SOBI/Hurks II¹⁷ en Babcock.¹⁸ Aangezien deze uitspraken in de literatuur veelvuldig zijn besproken, ga ik ervan uit dat de inhoud van deze uitspraken bekend is en volsta ik op deze plaats met het onderschrijven van het advies van de expertgroep.

Zoals gezegd is art. 2:239 lid 4 BW destijds door het vervallen van het onderscheid tussen algemene en concrete aanwijzingen in overeenstemming gebracht met de ontwikkeling van de jurisprudentie. Na 1 oktober 2012 is er, afgezien van het Cancun-arrest (waarover meer in paragraaf 4), nauwelijks jurisprudentie verschenen over art. 2:239 lid 4 BW. De hiervoor geciteerde passage uit de memorie van toelichting heeft dus niet aan actualiteit ingeboet.

3.2 De dochtervennootschap is een nv: art. 2:129 lid 4 BW

Voordat ik aan een inhoudelijke behandeling van art. 2:129 lid 4 BW toekom, merk ik op dat het in de praktijk niet vaak zal voorkomen dat een dochtervennootschap wordt gedreven in de vorm van een nv. Het feit dat deze mogelijkheid niet kan worden uitgesloten rechtvaardigt een inhoudelijke bespreking van dit artikelid.

Art. 2:129 lid 4 BW bepaalt sinds 1 september 2001 dat ‘de statuten kunnen bepalen dat het bestuur zich dient te gedragen naar de aanwijzingen van een orgaan¹⁹ van de vennootschap die de algemene lijnen van het te voeren beleid op nader in de statuten aangegeven terreinen betreffen’. In de memorie van toelichting bij dit artikelid wordt in algemene zin opgemerkt dat hiermee een regel uit de departementale richtlijnen in de wet is vastgelegd.²⁰ Uit de memorie van toelichting valt verder niet op te maken hoe ruim de statutaire omschrijving van deze terreinen mag

zijn,²¹ maar het is de vraag of dat thans nog van belang is. Van Solinge, Nieuwe Weme en Assink betogen in de door hen bewerkte handboeken namelijk dat de verruiming van art. 2:239 lid 4 BW in weerwil van de tekst van art. 2:129 lid 4 BW kan worden doorgetrokken naar de nv (Assink neemt overigens wel een voorzichtigere houding aan, zie hierna).²² Voornoemde auteurs onderbouwen hun betoog met een verwijzing naar de memorie van toelichting bij de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht (waarover paragraaf 3.1 hiervoor).

Hoewel het wenselijk lijkt om de hierboven besproken verruiming van art. 2:239 lid 4 BW door te trekken naar art. 2:129 lid 4 BW, denk ik dat voorzichtigheid is geboden. Gaat men ervan uit dat een dochter-nv *verplicht* is om *concrete* instructies van een moedervernootschap op te volgen, dan aanvaardt men een inbreuk op de bestuursautonomie van het bestuur van de dochter-nv die indruist tegen de huidige wettekst.²³ De uitspraken die aanleiding hebben gegeven om art. 2:239 lid 4 BW te wijzigen (zie paragraaf 3.1 hierboven), hebben alle betrekking op de bv. De ontwikkeling die in de bv-jurisprudentie kan worden waargenomen, heb ik voor de dochter-nv niet kunnen ontdekken. Sterker nog, uit de rechtbankuitspraak in het arrest Boskalis/Fugro lijkt het tegendeel te volgen.²⁴ In de memorie van toelichting bij de Wet vereenvoudiging en

14 Par. 2.2.4 van het rapport van de Expertgroep Vereenvoudiging en Flexibilisering van het BV-recht uit 2004 (bijlage bij *Kamerstukken II* 2006/07, 31058, nr. 3 (MvT)), in te zien via www.officiëlebekeendmakingen.nl; overigens ook gepubliceerd in deel 85 van de Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, p. 171-285).

15 *Kamerstukken II* 2006/07, 31058, nr. 3 (MvT), p. 90.

16 Rb. Arnhem (pres.) 28 december 1987, ECLI:NL:RBARN:1987:AH2042, *KG* 1988/37 (*Amstelland*).

17 HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4499, «JOR» 2002/38, m.nt. N.E.D. Faber en m.nt. S.M. Bartman (*SOBI/Hurks II*); zie m.n. r.o. 5.3.8.3 en par. 9 noot S.M. Bartman. Zie ook J.J.A. Hamers, ‘Recente ontwikkelingen in het ondernemingsrecht’, *S&V* 2002/3, par. 4.3, p. 69.

18 Rb. Den Haag (vzr.) 7 augustus 2002, ECLI:NL:RBSGR:2002:AG8152, «JOR» 2002/173, m.nt. F.J.P. van den Ingh (*Babcock*); zie m.n. par. 5 noot en de toelichting in een van de voetnoten in par. 2.2.4 van het hierboven aangehaalde rapport van de Expertgroep Vereenvoudiging en Flexibilisering van het BV-recht uit 2004.

19 Zie voor de invulling van het orgaanbegrip art. 2:78a BW.

20 *Kamerstukken II* 1998/99, 26277, nr. 3 (MvT), p. 11.

21 Schoonbrood heeft zich hierover wel uitgelaten. Zie J.D.M. Schoonbrood, ‘De in de wet overgenomen bepalingen van de Departementale Richtlijnen 1986’, in: W. Bosse e.a., *Statuten zonder bezwaar* (Preadviezen KNB 2002), Den Haag: Koninklijke Vermande 2002, p. 107-108.

22 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/153 (onder e) en 157 (onder c) en Slagter/Assink 2013, par. 51.7, p. 998-999. Zie overigens ook (zonder verdere onderbouwing) J.B. Huizink, ‘Bestuursautonomie na Cancun’, in: M.J.G.C. Raaijmakers e.a., *Autonomie van het bestuur en haar grenzen voor en na de Cancun-uitspraak* (ZIFO 16), Deventer: Wolters Kluwer 2015, par. 5, onder 1, p. 43.

23 Volledigheidshalve merk ik nog op dat een instructie volgens sommige auteurs kwalificeert als een besluit van de algemene vergadering. Zie F.K. Buijn & P.M. Storm, *Ondernemingsrecht BV en NV in de praktijk* (Recht en Praktijk nr. ONR4), Deventer: Kluwer 2013, par. 9.3.1, p. 427 en Bartman e.a., *Van het concern* 2016, par. III.3.1 en III.3.2. Ik vraag mij af of dat werkelijk zo is, aangezien een instructie geen direct rechtsgewolg teweeg brengt (de instructie moet immers nog worden opgevolgd en kan door het bestuur evengoed in de wind worden geslagen). Mijns inziens is daarom slechts sprake van een beslissing, niet van een besluit. Bij een andersluidende opvatting is de uiterste consequentie dat een op de statuten gebaseerde *concrete* instructie van de algemene vergadering van een nv aan het bestuur van die nv nietig is wegens strijd met de wet (art. 2:14 lid 1 BW jo. art. 2:129 lid 4 BW). Dit verregaande gevolg wordt verzacht door het feit dat het bestuur van de nv op basis van een autonome afweging kan besluiten om alsnog te handelen conform de aanwijzing (vgl. par. 4 hierna). Zie in dit verband ook de opmerkingen van J.B. Huizink, ‘Bestuursautonomie na Cancun’, in: M.J.G.C. Raaijmakers e.a., *Autonomie van het bestuur en haar grenzen voor en na de Cancun-uitspraak* (ZIFO 16), Deventer: Wolters Kluwer 2015, par. 5, onder 3, p. 44-45.

24 Rb. Den Haag (vzr.) 17 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:3452, «JOR» 2015/135, m.nt. R.G.J. Nowak (*Boskalis/Fugro*), r.o. 4.4: ‘Als uitgangspunt in deze zaak geldt dat de Algemene Vergadering niet in de statuten de bevoegdheid is toegekend het bestuur van Fugro aanwijzingen te geven over algemene lijnen van het te voeren beleid, laat staan dat haar een statutair instructierecht is toegekend, dat immers naar huidige NV-recht wettelijk niet toegekend kan worden (artikel 2:129 lid 4 BW)’. Zie ook par. 8-11 van de noot van Nowak.

flexibilisering bv-recht is bovendien opgemerkt dat met de wijzigingen in het bv-recht niet wordt beoogd (de interpretatie van) de wettelijke bepalingen inzake de nv te beïnvloeden.²⁵ Voor de volledigheid zij opgemerkt dat Assink hier oog voor heeft gehad,²⁶ maar zoals hierboven bleek toch een soepelere houding lijkt aan te nemen; over mijn reserves kan dus anders worden gedacht.

Het voorgaande doet uitdrukkelijk niet af aan het feit dat ik van mening ben dat het wenselijk is om de tekst van art. 2:129 lid 4 BW in overeenstemming te brengen met art. 2:239 lid 4 BW. De bv-bepaling doet immers meer recht aan de werkelijkheid van het concern en is naar mijn mening een welkome correctie op het model van de eenvoudige rechtspersoon en het deswege ontbreken van een wettelijk concernrecht.²⁷ Bovendien worden discussies over het arbitraire onderscheid tussen algemene en concrete instructies met een wetswijziging de kop ingedrukt.²⁸ Gelet op het voorgaande lijkt het mij echter noodzakelijk dat de wetgever zich over deze problematiek uitsprekt.

3.3 Intermezzo: aandachtspunt bij het opstellen van de statuten van kleindochtervennootschappen, achterkleindochtervennootschappen, enz.

Ik sluit deze paragraaf af met een redactioneel aandachtspunt bij het opstellen van de statuten van (achter)kleindochtervennootschappen. Wanneer sprake is van een concernrelatie, zal men in de statuten van een (rechtstreekse) dochtervennootschap opnemen dat het bestuur van die dochter zich dient te gedragen naar de aanwijzingen van de algemene vergadering van die dochter. Als de moedervennootschap een meerderheid van de aandelen in deze rechtstreekse dochtervennootschap houdt, kan de moedervennootschap haar instructierecht dus ten volle uitoefenen. Neemt men deze bepaling op in de statuten van een kleindochtervennootschap, dan heeft dit tot gevolg dat de algemene vergadering van de kleindochtervennootschap instructies kan geven aan het bestuur van de kleindochtervennootschap. Een meerderheid van de stemrechten in de algemene vergadering van de kleindochtervennootschap wordt echter uitgeoefend door het bestuur van de dochtervennootschap. Dit kan mogelijk tot toekomstige problemen leiden als het bestuur van de dochtervennootschap niet wordt gevormd door het bestuur van de moedervennootschap. De moedervennootschap is dan immers afhankelijk

van het bestuur van de dochtervennootschap. Dortmund heeft in 1992 voor deze situatie een oplossing geformuleerd, die het verdient te worden herhaald: 'een oplossing zou de statutaire bepaling kunnen zijn, op grond waarvan de algemene vergadering van een vennootschap aan haar bestuur *instructies* kan geven (...) *met betrekking tot het uitoefenen van stemrecht bij de instructiebevoegdheid* die het (bestuur van) die vennootschap als aandeelhouder toekomt' (cursivering mijnerzijds).²⁹ Via deze constructie kan het instructierecht van de moedervennootschap zich dus uitstrekken tot alle kleindochtervennootschappen, achterkleindochtervennootschappen, enzovoort. Ik teken hierbij aan dat deze oplossing enkel waterdicht is zolang de statuten (of deze specifieke bepaling in de statuten) van de kleindochtervennootschap slechts kunnen (kan) worden gewijzigd met medewerking van de dochtervennootschap. Alleen dan blijft het instructierecht van de moedervennootschap verzekerd. Bovendien heeft deze bepaling het meeste nut als alle dochtervennootschappen worden gedreven in de vorm van een bv, want dan kunnen de instructies concreet zijn. De hiervoor besproken beperking ten aanzien van de nv (paragraaf 3.2) moet nog steeds in acht worden genomen.

4. Statutaire verankering instructierecht moedervennootschap ontbreekt

Wat is rehtens als een statutaire grondslag voor het instructierecht ontbreekt: heeft de moedervennootschap dan nog steeds de bevoegdheid om instructies te geven aan het bestuur van de dochtervennootschap via de algemene vergadering van die dochtervennootschap?

Deze vraag wordt voor de bv ontkennend beantwoord door Bartman, Dorresteyn en Olaerts.³⁰ Zij wijzen er overigens wel op dat de moedervennootschap in dergelijke gevallen haar wil kan opleggen door uitoefening van instructiemacht (zie paragraaf 2 hierboven). Bartman gaat een stap verder in zijn noot onder JOR 2018/117, waar hij voor de bv opmerkt dat er bij het ontbreken van een statutaire bepaling à la art. 2:239 lid 4 BW geen enkele reden is 'om rekening te houden met feitelijke instructiemacht of contractuele beheersregelingen van welke aard dan ook'.³¹ Een contrair standpunt wordt ingenomen door Van Solinge en Nieuwe Weme en Dortmund. Zie ik het goed, dan zijn Van Solinge en Nieuwe Weme van mening dat de moedervennootschap bij het ontbreken van een statutaire regeling *algemene* instructies kan geven aan de dochtervennoot-

25 *Kamerstukken II* 2006/07, 31058, nr. 3 (MvT), p. 7. Volledigheidshalve vermeld ik dat in *Kamerstukken II* 2008/09, 31058, nr. 6 (NV II), p. 6 is onderkend dat de rechter voor de interpretatie van het nv-recht inspiratie zou kunnen putten uit het nieuwe bv-recht. Zoals blijkt uit de hierboven aangehaalde uitspraak Boskalis/Fugro, is deze constatering voor art. 2:129 lid 4 BW echter van geringe waarde.

26 Slagter/Assink 2013, par. 51.7, p. 999, voetnoot 256 aldaar.

27 Vgl. o.m. Asser/Maeijer & Kroeze 2-/* 2015/249 en Bartman e.a., *Van het concern* 2016, par. I.2.

28 Vgl. J.W. Winter, J.B. Wezeman & J.D.M. Schoonbrood, *P. van Schilfgaarde. Van de BV en de NV*, Deventer: Wolters Kluwer 2017/62 en B.F. Assink & M.A. Verbrugh in: B. Bier, M. van Olfen & B. Snijder-Kuipers, *Handboek notarieel ondernemingsrecht. Deel 1. B.V. en N.V.* (VHI deel 132-1), Deventer: Wolters Kluwer 2016, par. 3.3.4, p. 74.

29 P.J. Dortmund, 'Boekbespreking B.H.A. van Leeuwen (diss.), Beginselen van behoorlijk ondernemingsbestuur', *RM Themis* 1992/6, p. 266. De opvatting van Dortmund is overigens ook kenbaar uit het makkelijker verkrijgbare preadvies van Schoonbrood uit 2002 (ter aangehaalde plaats), p. 108-109, die oplossing van Dortmund lijkt te onderschrijven.

30 Bartman e.a., *Van het concern* 2016/III.3.1: 'maakt het concern geen gebruik van de optie om in de statuten van de ondergeschaarde groepsmaatschappijen een instructiebevoegdheid neer te leggen, dan staat sinds 2012 vast dat zo'n bevoegdheid ontbreekt'.

31 Zie par. 12 van zijn noot onder Rb. Amsterdam 2 augustus 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:5402, «JOR» 2018/117, m.nt. S.M. Bartman.

schap met betrekking tot de strategie en het beleid.³² Dortmund meent dat de moeder vennootschap (die in concernverband de centrale leiding heeft) ook zonder statutaire regeling instructiebevoegdheid heeft.³³

Mijn opvatting ligt dicht bij de opvatting van Dortmund. Ik denk dat moet worden onderscheiden tussen het statutair verankerde *instructierecht* van de algemene vergadering en de ruimte die de algemene vergadering heeft om aanwijzingen te geven aan het bestuur.

Als het statutair verankerde instructierecht (art. 2:129 lid 4 jo. art. 2:239 lid 4 BW) wordt uitgeoefend, is het bestuur in beginsel (zie paragraaf 2) verplicht om de gegeven instructies op te volgen.

Als in de statuten *geen* instructierecht is opgenomen, kan de moeder vennootschap nog steeds aanwijzingen geven aan het bestuur van de dochter vennootschap via de algemene vergadering van die dochter vennootschap. Het dochterbestuur hoeft die aanwijzingen *niet* te volgen. Aan het dochterbestuur komt in dezen een eigen belangenafweging toe op grond van zijn bestuursautonomie (zie paragraaf 2). Daarbij zij overigens aangetekend dat de werkelijke beoordelingsruimte van het dochterbestuur gering kan zijn vanwege de feitelijke instructiemacht van de moeder vennootschap.

Bij het voorgaande merk ik nog op dat ik meen dat mijn opvatting zonder meer past binnen de lijnen die door de Hoge Raad zijn uiteengezet in r.o. 4.3 van het Cancun-arrest: 'De door het onderdeel gehuldigde opvatting dat het bestuur van een vennootschap verplicht is, ook bij afwezigheid van een daartoe strekkende statutaire bepaling als bedoeld in art. 2:239 lid 4 BW, de instructies van de algemene vergadering of van een of meer bepaalde aandeelhouders op te volgen, is onjuist. Uit hetgeen hiervoor (...) is overwogen, volgt immers dat het bestuur van een vennootschap bij de vervulling van zijn taak een eigen verantwoor-

delijkheid heeft om zich te richten naar het belang van de vennootschap en de aan haar verbonden onderneming. Dat is niet anders indien de aandeelhouders op grond van de machtsverhoudingen binnen de vennootschap feitelijke instructiemacht hebben'.³⁴

5. Conclusie

In dit artikel heb ik de grenzen van de instructiebevoegdheid van een moeder vennootschap in concernverhoudingen onderzocht. Startpunt van mijn artikel was de bestuursautonomie volgens het Forumbank-arrest. De bestuursautonomie van een dochter vennootschap is – zeker in concernverhoudingen – niet onbegrensd (paragraaf 2). Een sprekende inperking van de bestuursautonomie is de wettelijke mogelijkheid (art. 2:129 lid 4 jo. art. 2:239 lid 4 BW) om een statutair instructierecht toe te kennen aan de algemene vergadering van een dochter vennootschap. Het statutaire instructierecht lijkt bij een dochter-nv evenwel beperkter te zijn dan bij een dochter-bv; op dit punt ben ik wat voorzichtiger dan andere auteurs. Wordt in de statuten een instructierecht opgenomen, dan is het bestuur van de dochter vennootschap in beginsel verplicht om instructies op te volgen (paragraaf 3). Ontbreekt een statutair instructierecht, dan doet dat niet af aan de ruimte die de moeder vennootschap als aandeelhouder heeft om aanwijzingen te geven. Formeel kan het bestuur van de dochter vennootschap in die situatie op grond van een autonome afweging besluiten om de aanwijzing al dan niet te volgen. Materieel is de ruimte voor het dochterbestuur om tot een eigen afweging te komen echter beperkt vanwege de feitelijke instructiemacht van de moeder vennootschap (paragraaf 4).

Over de auteur

Mr. P.M.J.H. ten Broecke

Docent/onderzoeker Notarieel recht aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

32 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIIb 2019/157, onder d: 'Ontbreekt een statutaire regeling, dan kan daaruit niet worden afgeleid dat de moeder vennootschap geen *algemene instructies met betrekking tot de strategie en het beleid* meer zou kunnen geven' (cursivering mijnerzijds). Van Solinge en Nieuwe Weme onderscheiden in deze alinea niet tussen de nv en de bv.

33 P.J. Dortmund, *Van der Heijden/Van der Grinten. Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, Deventer: Wolters Kluwer 2013/88, p. 114.

34 HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Roovers/Cancun Holding I*), r.o. 4.3. Bulten merkt mijns inziens terecht op dat de kernoverwegingen van dit arrest ook kunnen worden toegepast buiten joint venture-verhoudingen. Zie C.D.J. Bulten, 'Hoe autonoom is de BV-bestuurder?', *Ondernemingsrecht* 2019/76, par. 2.3, p. 394.